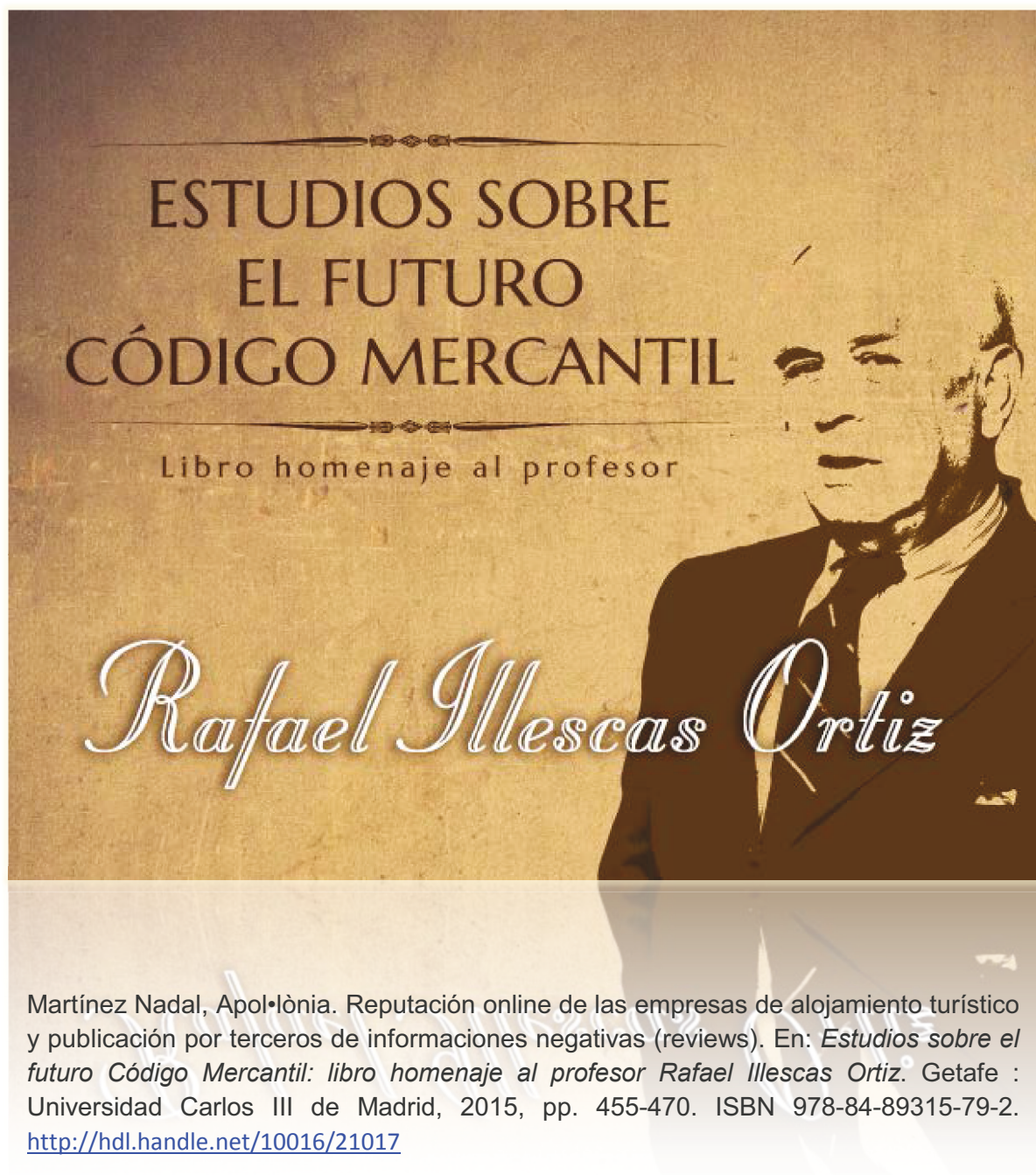




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Martínez Nadal, Apol·lònia. Reputación online de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews). En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 455-470. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21017>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

REPUTACIÓN ONLINE DE LAS EMPRESAS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO Y PUBLICACIÓN POR TERCEROS DE INFORMACIONES NEGATIVAS (REVIEWS)*

APOL·LÒNIA MARTÍNEZ NADAL**

Resumen

En la actualidad es bien conocida la relevancia de los nuevos canales electrónicos para la comercialización de plazas de alojamiento turístico. Se trata de una nueva vía, de gran importancia práctica para los empresarios de alojamiento, para la promoción de sus productos o servicios y que permite llegar a un mayor número de potenciales clientes con unos costes no excesivamente elevados. No obstante, junto a estas evidentes ventajas, debe tenerse en cuenta la existencia de posibles riesgos. En particular, nos centramos en este trabajo en la hipótesis en la que un tercero publica una información negativa sobre un establecimiento de alojamiento en Internet (los denominados reviews) lo que puede afectar a la denominada reputación corporativa online.

Contenido

1. Introducción. – 2. Identidad digital y reputación social o corporativa online. – 3. Riesgos en la gestión de la reputación corporativa online; en particular, publicación por terceros de informaciones negativas. – 4. Marco legal y posibles acciones judiciales. Valoración. – 4.1 Derecho al honor de las empresas y acciones legales para su defensa. Libertad de expresión de los terceros usuarios y clientes. – 4.2. Valoración de la conveniencia del ejercicio de acciones legales en vía judicial. – 5. Medidas preventivas y acciones reactivas alternativas no judiciales ante un ataque a la reputación online empresarial. Iniciativas individuales o sectoriales. – 5.1. Actuaciones individuales directas del empresario de alojamiento sobre sus clientes en el ámbito de su relación contractual. – 5.2. Iniciativas individuales en el ámbito de la relación contractual hotelero-OTA. – 5.3. Iniciativas sectoriales: las directrices de HOTREC: Los puntos de referencia de prácticas equitativas en la distribución en línea (versión 2014). Eficacia.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación no se limita únicamente a los particulares en sus actividades personales

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2012-32063 “Turismo y Nuevas Tecnologías; en especial, el régimen jurídico de las denominadas centrales de reservas turísticas” (Investigador principal: A. Martínez Nadal) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Catedrática de Derecho Mercantil, Universitat de les Illes Balears.

sino que se extiende a empresarios, profesionales e incluso administraciones, que utilizan las nuevas posibilidades tecnológicas para desarrollar, e incluso potenciar las actividades que les son propias.

Hoy en día, las organizaciones empresariales difunden su imagen en Internet mediante herramientas como páginas web corporativas, blogs empresariales, perfiles y páginas en redes sociales y, en general, en la llamada, Web 2.0. En particular, en el ámbito empresarial, es cada vez más frecuente y habitual, y no solo conveniente sino incluso necesario, estar presente en la red, en sus diversas modalidades, para dar difusión a los productos y servicios empresariales e incluso comercializar los mismos a través de los nuevos canales electrónicos.

En el caso de los empresarios del sector turístico, en los que vamos a centrar este trabajo, y, en concreto, los titulares de establecimientos de alojamiento, los canales electrónicos se han convertido en un instrumento esencial para la comercialización de servicios turísticos. Esta implantación de las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas permite, por una parte, que los prestadores turísticos intenten llegar directamente al consumidor final (p.ej., a través de páginas web propias mediante las que se hacen presentes en la red y ofrecen de forma directa su producto). Y, por otra parte, ha propiciado la aparición de nuevos agentes, y nuevos canales, de distribución turística.

En efecto, en la actividad de distribución y comercialización de servicios turísticos ha sido tradicionalmente fundamental la denominada actividad de intermediación, básicamente a través de las ya clásicas agencias de viaje presenciales pero también, hoy día, de las de las más modernas centrales de reservas (conocidas también como OTAs, esto es, Online Travel Agencies), utilizando además, unas y otras entidades intermediarias, los nuevos canales electrónicos para la promoción y comercialización de servicios turísticos de terceros¹.

¹ En sentido amplio, y desde un punto de vista descriptivo, denominamos “centrales electrónicas de reservas turísticas” a aquellos portales o plataformas electrónicas que permiten al usuario final reservar o contratar servicios turísticos (billetes de transporte, alojamiento, excursiones, alquiler de coches,...) a través de Internet. En este concepto amplio tendrían cabida entidades de muy distinta naturaleza: desde centrales de reservas vinculadas a asociaciones empresariales del sector turístico, o incluso a la propia administración, con fines informativos, promocionales o facilitadores de la realización y gestión de reservas de servicios turísticos (menorcavisit.com) a verdaderas empresas turísticas que utilizan Internet o bien para la comercialización de sus propios productos (caso de airberlin.com, solmelia.es, ryanair.com) o bien para la comercialización de productos de terceros (rumbo.es, booking.com, atrapalo.es, lastminute.com, entre otros).

Con una perspectiva más estricta y restringida, consideramos que debe incluirse en este concepto, a efectos legales, únicamente a las últimas entidades mencionadas: centrales de reservas turísticas electrónicas serían, a nuestros efectos, aquellas empresas turísticas que a través de sus portales de internet permiten a los usuarios finales la contratación de servicios turísticos de distintos proveedores, normalmente de distinta naturaleza (p.ej., atrapalo.es), aunque en ocasiones se trata de un único tipo de servicio (p.ej., booking.com limitado a reservas de alojamiento) y a cambio de una remuneración (sea abonada directamente por el usuario final, sea asumida por el prestador del servicio). No quedarían incluidas, pues, en este concepto aquellas entidades que comercializan sus propios productos a través de Internet, pues no existe, en principio, actividad de intermediación. Cfr., más extensamente al respecto, MARTÍNEZ NADAL, A., “Las centrales electrónicas de reservas turísticas: breves consideraciones acerca de su naturaleza y régimen jurídico”, *Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade* (coord. Por Ana María Tobío Rivas; Ángel Fernández-Albor Baltar y Anxo Tato Plaza), 2013, págs. 967-984.

Asimismo, ha de mencionarse la existencia de entidades que, sin actuar en sentido estricto como intermediarios, influyen de forma indirecta en la actividad de comercialización de servicios turísticos: son los sitios o páginas web de valoración online (online review sites) y los motores de búsqueda de información (meta-search engines). Los primeros permiten a la persona interesada búsquedas y comparativas sobre los servicios turísticos ofrecidos por distintos proveedores y también la expresión de opiniones sobre tales servicios por parte de sus usuarios². Los segundos, pensados inicialmente como instrumentos de búsqueda de información, han acabado incorporando también la posibilidad de expresión de opiniones por parte de los usuarios³.

En los últimos tiempos los papeles y funciones de estas distintas entidades han convergido y se ha entremezclado. De forma que, por una parte, las agencias de viajes en línea (OTAs) ofrecen la posibilidad de publicar comentarios por parte de los clientes, mientras que, por otra parte, la mayoría de los sitios de valoración de proveedores ofrecen enlaces para realizar reservas. Y, finalmente, los motores de búsqueda han incluido también, como hemos señalado, herramientas de opinión y valoración e incorporado también en ocasiones enlaces que permiten reservar servicios turísticos.

Pues bien, a la vista de lo expuesto se pone de manifiesto la importancia de la simple presencia de los empresarios (en nuestro caso, turísticos) en Internet, así como la relevancia de estos nuevos canales para el desarrollo de su actividad económica. En efecto, las causas que motivan la presencia de las empresas en la red son diversas: en primer lugar, abrir una nueva vía, de gran importancia práctica, para la promoción de sus productos o servicios, vía que permite llegar a un mayor número de potenciales clientes con unos costes no excesivamente elevados. Y, en segundo lugar, la presencia empresarial en Internet mejora la comunicación con el cliente y también con otros profesionales. No obstante, junto a estas evidentes ventajas, debe tenerse presente la existencia de riesgos y posibles incidencias que afecten a la actividad económica de la empresa y a la reputación de la misma.

² Una de las entidades de esta última categoría más conocidas es TripAdvisor que se define como “la mayor web de viajes del mundo, que permite a los viajeros planificar y disfrutar del viaje perfecto”. TripAdvisor ofrece consejos de viajeros reales y una gran variedad de selecciones de viaje y funcionalidades con enlaces a sistemas de reserva. Las webs de la marca TripAdvisor componen la mayor comunidad de viajes del mundo, alcanzando casi 315 millones de usuarios únicos al mes, y más de 190 millones de comentarios y opiniones acerca de más de 4.4 millones de alojamientos, restaurantes y lugares de interés. Las webs operan en 45 países, incluyendo China con daodao.com. TripAdvisor también incluye TripAdvisor for Business, una división dedicada a dar visibilidad a la industria hotelera antes los millones de usuarios mensuales de TripAdvisor. Su finalidad es ofrecer información a los viajeros pero no interviene en la comercialización de servicios turísticos: “No tramitamos reservas para hoteles y no podemos responder a las preguntas sobre tus reservas. Ponte en contacto con la agencia de reservas en línea (Expedia®, Hotels.com®, etc.) que utilizaste” (Fuente: <http://www.tripadvisor.com>; última consulta: diciembre 2014).

³ Es el caso de Google que, pensado inicialmente como simple buscador de información, ha superado sus usos iniciales. Así, Google Places permite a los empresarios registrarse en Google y en tal caso serán incluidos en las listas de Google Maps, y también mostrados en los resultados de las búsquedas de Google con información más amplia y otros datos disponibles (como opiniones y fotos). Una vez incluidos en las listas de Google, los usuarios podrán dejar sus opiniones sobre los negocios directamente en la página de los mismos en Google Places.

En particular, nos centramos en este trabajo en la hipótesis en la que un tercero ajeno a la empresa publica una información negativa sobre la misma en Internet (en la web de una OTA o en un review site), lo que puede afectar a la identidad digital y la reputación corporativa online con consecuencias graves como la pérdida de clientes, y, por ende, de beneficios. Curiosa y paradójicamente, incluso aquellas empresas sin presencia corporativa en la red están expuestas a la publicación online de opiniones sobre ellas por terceros. En la Web 2.0 cualquier empresa o profesional puede tener presencia digital gracias a clientes y usuarios sin necesidad siquiera de tener una página web, tanto para expresar opiniones positivas como negativas⁴.

2. IDENTIDAD DIGITAL Y REPUTACIÓN SOCIAL O CORPORATIVA ONLINE

Dada la importancia de la simple presencia de los empresarios turísticos en Internet, así como la relevancia de estos nuevos canales para el desarrollo de su actividad económica, correlativamente, cobran también importancia dos conceptos relacionados, la denominada identidad digital corporativa, y la noción de reputación social o corporativa online.

- a) La identidad digital corporativa puede ser definida como el conjunto de información sobre una empresa expuesta en Internet (datos, imágenes, registros, noticias, comentarios, etc.) que conforma una descripción de dicha organización en el plano digital⁵.

En principio, la creación de la identidad digital dependerá del propio empresario y de la información que publique sobre su empresa. Pero debe tenerse en cuenta que, junto, o, más bien, más allá, de las actuaciones del propio empresario, la identidad digital también se ve conformada con las opiniones expresadas por los clientes de la empresa en Internet. En este sentido, se apunta la aparición de un nuevo concepto, los “prosumidores”: sujetos activos que participan del mismo proceso de la construcción de la identidad empresarial a través del diálogo abierto con otros consumidores y con las propias compañías⁶. Por tanto, el contenido generado por terceros influye en la identidad digital de una empresa de la misma manera que el creado por ella misma. Y recordemos que, curiosamente, incluso aquellas empresas sin presencia corporativa en la red están expuestas a la publicación online de opiniones sobre ellas por terceros.

- b) Como es sabido, la reputación corporativa es el concepto que mide cuál es la valoración que hace el público de una compañía. Esta definición es trasladable al

⁴ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*”, noviembre de 2012.

⁵ Definición extraída de la “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*” elaborada por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), noviembre de 2012.

⁶ MARTÍNEZ PRADALES, D. *Las marcas y las redes sociales. Identidad digital y reputación online*. Evoca. Cuadernos de comunicación.

Disponible en: <http://www.evocaimagen.com/cuadernos/cuadernos5.pdf> (última consulta: diciembre 2014).

mundo de Internet y a la Web 2.0 donde aparece la idea de reputación online corporativa.

La reputación online podría definirse como la valoración alcanzada por una empresa a través del uso o mal uso de las posibilidades que ofrece Internet. Para entender la noción de reputación online de una empresa se deben distinguir los conceptos de investigación, monitorización y gestión⁷:

- a) Investigación de la reputación online (Qué ocurrió). La investigación consiste en un análisis retrospectivo de la reputación online de una empresa. Este análisis abarca una primera fase cuantitativa en la que se registran opiniones de usuarios y de medios a través de blogs, foros, redes sociales, etc. sobre la empresa, y una segunda fase cualitativa en la que se identifican las fortalezas y áreas de mejora de la entidad, a través de las opiniones positivas y negativas, respectivamente.
- b) Monitorización de la reputación online (Qué está ocurriendo). La monitorización de la reputación online es el seguimiento regular a través de la Red de la identidad digital de la organización. Esta monitorización incluye el registro de las informaciones, los comentarios y opiniones que se generan en Internet sobre la organización, marcas comerciales y otros activos sujetos a propiedad industrial e intelectual, productos o personas.

Esta tarea se apoya cada vez más en aplicaciones informáticas que encuentran, clasifican y analizan la información que circula en Internet y en las redes sociales de forma automatizada, con el objetivo de medir la reputación en Internet.

- c) Gestión de la reputación online. La gestión puede definirse como la fase transversal de la reputación online que comprende tanto la fase de investigación como la de monitorización. Esta gestión contempla un conjunto de prácticas como, p.ej., la adopción de estrategias de optimización de resultados en motores de búsqueda (Search Engine Optimization, SEO) y posicionamiento en los buscadores de Internet (Search Engine Marketing, SEM), la creación y publicación de contenidos en perfiles corporativos de redes sociales y páginas web especializadas, el desarrollo de notoriedad y presencia en Internet y la lucha contra contenidos perjudiciales. A esto último aspecto nos dedicamos en el apartado siguiente.

Cada vez son más las organizaciones (tanto públicas como privadas) que gestionan de forma profesional su identidad digital corporativa y su reputación en Internet y en la Web 2.0, tanto de forma preventiva para la evitación de posibles problemas, como de forma reactiva, con protocolos de reacción en caso de incidentes.

⁷ *Cómo investigar la reputación online en los medios sociales de la Web 2.0. Identidad Digital y Reputación Online. Evoca. Cuadernos de comunicación.*

Disponible en: <http://www.evocaimagen.com/cuadernos/cuadernos5.pdf>

3. RIESGOS EN LA GESTIÓN DE LA REPUTACIÓN CORPORATIVA ONLINE; EN PARTICULAR, PUBLICACIÓN POR TERCEROS DE INFORMACIONES NEGATIVAS

Como hemos apuntado, uno de los riesgos a los que está expuesta la reputación corporativa online es la publicación por terceros de informaciones negativas.

En efecto, una de las ventajas de Internet es que permite a las empresas obtener un feedback directo de clientes y del público en general sobre sus productos o servicios. Pero puede ocurrir que la respuesta sea negativa, con la publicación de opiniones, comentarios y valoraciones negativas (información en sentido amplio), que pueden tener un fundamento real o pueden resultar ser falsas, pero que, en todo caso, pueden afectar a la reputación de la empresa. Ello puede realizarse a través de distintas vías: p.ej., a través de comentarios en foros y blogs personales, o a través de los hashtags o etiquetas de Twitter que permiten la agrupación de comentarios y les da una mayor visibilidad y facilita su localización.

En el supuesto objeto de este trabajo, centrado en las empresas turísticas y particularmente los titulares de establecimientos de alojamiento, los mismos están expuestos a este tipo de opiniones negativas, incluso, como ya hemos apuntado, sin tener presencia directa en Internet. De entrada, cuando el propio prestador de servicios turísticos tiene su propia página web a través de la que ofrece de forma directa sus servicios al usuario final, es habitual incluir un espacio para la expresión de opiniones por parte de usuarios; no obstante, en estos caso, el propio empresario tendrá un control sobre las entradas y contenidos de tal apartado de opinión.

El problema surge cuando no tiene tal control directo, y ello ocurre cuando recurre para la comercialización de sus servicios a entidades intermediarias como las centrales de reservas (OTAs). En tal caso, el empresario turístico está expuesto a opiniones vertidas por terceros en una página web ajena sobre la que, en principio, no tiene control: pueden ser opiniones subjetivas, informaciones verdaderas o falsas, vertidas por clientes reales o clientes inexistentes, clientes anónimos o identificados. Es cierto que en las relaciones contractuales interempresariales que vinculan al hotelero con la OTA podría abordarse y regularse el tema de las opiniones negativas por terceros, pero no olvidemos que, en estos momentos, quienes tienen la posición económica dominante en esa relación contractual son habitualmente las OTAs, que acaban imponiendo sus condiciones a los proveedores de servicios turísticos.

Y el problema mencionado se agrava cuando tales opiniones se expresan a través de otras entidades que, como hemos apuntado, no son en sentido estricto intermediarios, aun cuando influyen de forma indirecta pero muy relevante en la actividad de comercialización de servicios turísticos: son los denominados Online Review Sites o sitios de valoración online que permiten a la persona interesada en una determinada prestación (p.ej. alojamiento) búsquedas y comparativas sobre los servicios turísticos ofrecidos por distintos proveedores y también la expresión de opiniones sobre tales servicios por parte de sus usuarios. Tales opiniones son tenidas muy en cuenta por potenciales clientes a la hora de tomar una decisión sobre si contratar o no un servicio (p.ej., el alojamiento en uno y no otro establecimiento hotelero). Y, en este caso, el

empresario de alojamiento afectado sobre tales opiniones no tiene en principio relación contractual alguna con la entidad que aloja tales opiniones y es posible incluso que, ni siquiera, tenga presencia corporativa en internet (web propia, Facebook, ...).

En principio, las críticas, objetivas y fundamentadas, pueden ser incluso positivas y bien recibidas por el empresario, que las puede valorar como una de las ventajas de estar presente en la red, que le permite interactuar con sus clientes y usuarios, y corregir posibles deficiencias en el desarrollo de su actividad empresarial. Pueden existir también comentarios subjetivos basados en apreciaciones personales, incluso comentarios falsos o claramente denigratorios para la empresa afectada que afecten a la reputación corporativa online. Analizamos a continuación las posibles acciones legales frente a este tipo de comentarios.

4. MARCO LEGAL Y POSIBLES ACCIONES JUDICIALES. VALORACIÓN

En este apartado analizamos, de entrada, la posibilidad de ejercer algún tipo de acción legal frente a este tipo de comentarios negativos sobre las empresas de alojamiento turístico (reviews). Y, a continuación, analizamos la conveniencia del ejercicio de tales acciones desde un punto de vista práctico.

4.1. Derecho al honor de las empresas y acciones legales para su defensa. Libertad de expresión de los terceros usuarios y clientes

Como se ha señalado, el análisis de la normativa que afecta a la reputación online no difiere sustancialmente del que se haría al considerar la imagen y reputación corporativa en el mundo tradicional o presencial⁸.

El punto de partida del análisis se sitúa en el artículo 18 de la Constitución española, que reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El Tribunal Constitucional incluye a las empresas y organizaciones entre los titulares del derecho al honor, con el que estaría relacionada la reputación corporativa. Así, reconoce expresamente que la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena⁹.

Por tanto, los empresarios persona jurídica, en defensa de su derecho al honor, pueden, en principio, iniciar acciones civiles o penales para solicitar la retirada de la Red de informaciones que produzcan un perjuicio a su reputación. En la mayoría de las ocasiones nos encontraremos ante supuestos donde entran en conflicto, de un lado, el derecho al honor del empresario cuya reputación ha sido dañada y, de otro, el derecho a la libertad de expresión e información, recogidos en el artículo 20 de la Constitución española, que ampararían al autor de los comentarios e informaciones.

⁸ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*”, cit., pág. 22.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995.

En concreto, los empresarios afectados podrían recurrir, principalmente, a la siguiente normativa específica para salvaguardar su reputación online corporativa.

- a) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor. Esta Ley protege a las empresas frente a todo género de intromisiones ilegítimas que pudieran menoscabar su reputación, ello tanto si se producen en el entorno físico como si acaecen en el entorno online. La entidad que vea afectado su honor (por ejemplo, a través de comentarios falsos y denigratorios publicados por un usuario online) podría iniciar un proceso civil ordinario con la finalidad de que se adopten las medidas necesarias para que se ponga fin a la intromisión ilegítima.
- b) Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, sobre el derecho de rectificación. Conforme al art. 1 de esta Ley, toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Se trata de una acción (compatible con la de la LO 1/1982) que tiene como finalidad la publicación de la rectificación de la información que puede afectar a la reputación de la empresa o, en su caso, su denegación. Por este motivo, es considerada un derecho de réplica, más que de un derecho de rectificación en sentido estricto.

El ejercicio de este derecho se limita, conforme al art. 1 mencionado, a informaciones difundidas por los medios de comunicación social, con lo que se excluyen, por ejemplo, opiniones vertidas en un foro de consumidores y usuarios, y plantean dudas casos como los blogs¹⁰, y, en nuestro caso, páginas web de valoración, y apartados de opinión de las webs de OTAs.

- c) Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Esta ley, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información, permitiendo atribuirles responsabilidad civil por intromisiones al derecho al honor. En el caso que nos ocupa, se trataría de determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos por la información almacenada o alojada en sus servidores, con contenidos que vulneran el derecho al honor de una empresa.

El art. 16 de la Ley 34/2002 exime de responsabilidad a los prestadores de servicios siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. La clave, por tanto, está en probar el conocimiento efectivo que el prestador de servicios tiene o no.

¹⁰ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*”, cit., pág. 23.

Por ello, conforme a la legislación y la jurisprudencia, en la hipótesis que analizamos, el titular de la página web donde se publican comentarios negativos (Review site u OTA) por parte de usuarios de servicios turísticos no será, en principio, responsable de tales comentarios, siempre que no tenga tal conocimiento efectivo. De forma que si el responsable del sitio de valoración desconoce que los comentarios vertidos son falsos o, aun conociéndolos, hace lo posible por retirarlos de su web, no será responsable de los mismos.

En este sentido, la jurisprudencia española, de forma general, para supuestos similares, sigue el criterio de no convertir al operador, por el mero hecho de serlo, en responsable de las expresiones vertidas por terceros en su web, y no se le obliga a censurar antes de su publicación todo post que se remita al mismo. Por ello, se considera como responsable directo al autor de las declaraciones. En este sentido, cabe mencionar dos sentencias extranjeras, que han exonerado de responsabilidad a los titulares de review sites¹¹.

- d) Artículos 205 a 216 del Código penal, reguladores de los delitos contra el honor (calumnias e injurias). En determinadas circunstancias extremas, las actuaciones que vulneren el honor y la reputación online de una empresa pueden llegar ser constitutivas de delito. El Código penal regula en los preceptos mencionados los delitos contra el honor. Así, es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (artículo 205 del Código penal); y es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (artículo 208 del Código penal).

4.2. Valoración de la conveniencia del ejercicio de acciones legales en vía judicial

Aun cuando en principio el empresario afectado por una opinión negativa tiene la posibilidad de ejercer alguna de las acciones legales mencionadas, consideramos que debe valorarse de forma previa la efectiva viabilidad de las mismas, las posibilidades de éxito o fracaso, y, aun caso de prosperar la acción ejercida, las posibles consecuencias que pueden derivarse de tal iniciativa, no ya únicamente desde el punto de vista jurídico

¹¹ La primera sentencia es un caso alemán en el que un hotelero demandó a TripAdvisor por permitir que un cliente plasmara en su web declaraciones falsas sobre sus instalaciones. El Tribunal Olg Hamburg dio la razón a TripAdvisor, indicando que el demandante puede exigir al demandado que elimine las declaraciones falsas sobre el hotel, pero no tiene derecho a excluir por completo cualquier crítica ya que la libertad de expresión es un derecho fundamental que no puede verse vulnerado. El equilibrio de los intereses entre ambas partes hizo que la reclamación no prosperara.

El segundo procedimiento se refiere a un hotel de Estados Unidos, que perdió una demanda millonaria contra TripAdvisor tras encabezar el ranking de 2011 de los establecimientos más sucios del país. “El hotel consideró que la web en sí era producto de un sistema de evaluación manipulado que dependía de rumores infundados y que pretendía dañar irreparablemente su reputación y su negocio”. La demanda fue desestimada hasta en tercera instancia porque, según el tribunal, su posición en el ranking “no puede entenderse como difamatoria. Incluso el lector más descuidado debe haber percibido que ‘el más sucio’ es simplemente una exageración y que el Grand Resort no es literalmente el hotel más sucio de Estados Unidos”. Fuente: http://www.hosteltur.com/177790_chantajes-tripadvisor-via-judicial-no-es-solucion.html (consulta: diciembre 2014).

sino también económico, empresarial y reputacional. En efecto, existen una serie de cuestiones, en muchos casos relacionadas con el contexto electrónico, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de iniciar una acción legal para hacer frente a un incidente que afecte a la reputación empresarial online:

- En primer lugar, deben tenerse en cuenta la viabilidad y posibilidades de éxito del ejercicio de una acción judicial, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de ocasiones los comentarios publicados no dejarán de ser comentarios subjetivos amparados en la libertad de expresión y frente a los que no procedería entonces acción judicial alguna. Es necesario diferenciar, por tanto, entre comentarios negativos y acciones denigratorias. Los primeros, en la medida que sean realizados por un usuario verdadero y respondan, en su caso, a hechos ciertos, no serían atacables jurídicamente por ser valoraciones subjetivas y discrecionales basadas en su experiencia personal. Cuando esos comentarios subjetivos se extralimitan, o simplemente son falsos, podríamos encontrarnos ante un acto denigratorio para el empresario turístico, que podría justificar el inicio de una acción judicial.

No obstante, para que ello ocurra, tendríamos que encontrarnos ante una serie de circunstancias concurrentes: posibilidad de acreditación de los hechos objetivos y de la falsedad de los mismos, imputabilidad de los mismos a una persona (con el problema, a estos efectos, de que, en muchas ocasiones, estos comentarios son anónimos); idoneidad denigratoria del comentario negativo (no solo por su propio contenido sino también por otros elementos como el alcance de su difusión y las opiniones del consumidor medio); perjuicio al hotel que se concreta en unos daños concretos y tangibles y, finalmente, relación de causalidad.

- En segundo lugar, deben tenerse en cuenta los largos trámites y plazos que conlleva un procedimiento judicial, frente a la inmediatez que requiere la resolución de un incidente de este tipo. Y deben tenerse en cuenta asimismo los costes derivados del procedimiento judicial (abogado, procurador, tasas judiciales,...) y si compensa la asunción de los mismos en comparación con las eventuales pérdidas derivadas de la disminución de clientes y pernoctaciones causada por la publicación del comentario negativo.
- En tercer lugar, no ha de olvidarse que el daño derivado del ataque a la reputación de una empresa realizado a través de Internet es difícilmente reparable de manera total. La difusión de una información publicada en el contexto electrónico no tiene límites y, aun en el caso de que la información fuera retirada de la página de opinión (por su contenido ilícito, falso o inconveniente), siempre se pueden mantener y difundir copias, pantallazos o descargas realizados antes de la eliminación.
- En cuarto lugar, téngase en cuenta que, conforme a la legislación vigente y la jurisprudencia recaída en la materia, el empresario titular de la página web donde se publica el comentario negativo (en su caso, acción denigratoria) no es responsable por el mismo, al menos mientras no tiene conocimiento de su

carácter ilícito; debiendo, en su caso, a partir de ese conocimiento, proceder a la retirada de tal comentario.

Por tanto, las webs de valoración, no responden de los comentarios que los usuarios realizan en sus páginas, siempre y cuando desconozcan la ilicitud del comentario publicado o, en caso de conocerla, lleven a cabo las gestiones oportunas para eliminarlo. Entonces lo que ha de hacer el hotelero es informar de inmediato a la página de valoración de la falsedad del comentario para que este lo retire inmediatamente ya que, tanto la ley como la jurisprudencia, consideran responsable únicamente al autor de los comentarios y no, en nuestro caso, a los sitios webs de valoración.

- Finalmente, el empresario hotelero que se plantea iniciar un litigio por un comentario negativo publicado en un sitio web de valoración o la página web de una OTA debe tener en cuenta el llamado “efecto *Streisand*”, fenómeno en el que un intento de ocultamiento de cierta información en Internet acaba siendo contraproducente, ya que esta acaba siendo ampliamente divulgada, recibiendo mayor publicidad de la que habría tenido si no se la hubiese pretendido acallar¹².

5. MEDIDAS PREVENTIVAS Y ACCIONES REACTIVAS ALTERNATIVAS NO JUDICIALES ANTE UN ATAQUE A LA REPUTACIÓN OLINE EMPRESARIAL. INICIATIVAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS O SECTORIALES

Aun cuando es cierto que el empresario turístico afectado por una opinión negativa o falsa dispone de las acciones legales y judiciales que acabamos de exponer, lo cierto es que el empresario, como hemos apuntado, debe valorar seriamente la conveniencia y los efectos de ejercer alguna de esas acciones. Pues, efectivamente, el camino puede ser largo e incierto e incluso contraproducente en la medida que se puede acabar dando mayor difusión y transcendencia al comentario de la que hubiera tenido inicialmente.

Por ello, ante este tipo de incidentes, lo imprevisible de sus efectos, y la dificultad de hacer frente a los mismos por las vías tradicionales, es recomendable la existencia de medidas preventivas por parte de la empresa para evitar los mismos y sus efectos y, una vez que inevitablemente se producen, medidas reactivas para hacerles mismos por vías alternativas a las tradicionales, más rápidas, eficaces y convenientes para la empresa.

En la práctica han surgido distintas iniciativas, individuales y colectivas, más o menos afortunadas como veremos. Las más relevantes, y entendemos que adecuadas, son las iniciativas sectoriales entre las que ha de mencionarse la aprobación por HOTREC, asociación representativa de la industria hotelera europea, del documento “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes.

¹² Cfr., al respecto, http://www.hosteltur.com/177790_chantaj-es-tripadvisor-via-judicial-no-es-solucion.html (consulta: diciembre 2014).

5.1. Actuaciones individuales directas del empresario de alojamiento sobre sus clientes en el ámbito de su relación contractual

Desde el punto de vista práctico, y al margen de las medidas legales que hemos visto deben ejercitarse por la vía judicial, existen algunos supuestos en que el empresario turístico de alojamiento afectado por una opinión negativa ha actuado directamente sobre el cliente que ha emitido tal opinión, supuestamente al amparo de una cláusula o previsión aplicable a la relación contractual que les une en virtud del contrato de alojamiento o hospedaje:

- a) Así, en Hudson (Nueva York) un hotel amenazaba supuestamente a las parejas que planeaban celebrar su boda en sus instalaciones con multas de 500 dólares por cada comentario negativo que sus invitados subieran a cualquier web. Esta estrategia del hotel tuvo el resultado contrario al esperado, por las críticas recibidas de sus potenciales clientes e incluso en las web de comentarios y opiniones bajó su calificación; por ello, fue suprimida¹³.
- b) En el Reino Unido, más recientemente, las autoridades de Comercio británicas han investigado el caso de un hotel de la localidad de Blackpool que multó a una pareja de clientes con 100 libras, que les fueron cargadas en su tarjeta de crédito por emitir una mala crítica en TripAdvisor. La advertencia sobre la multa estaba en una pequeña nota en el formulario de inscripción del hotel. La nota indica que por cualquier mala crítica en un website cargarán un máximo de 100 libras (cuando el precio de la habitación era de solo 36 libras)¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico es obvio que la validez de tal tipo de previsiones en más que dudosa y claramente atacable por distintas vías en el ámbito puramente contractual: en primer lugar, por la vía de la incorporación al contrato que vincula al hotelero con sus clientes (simple incorporación por remisión a la página web, tamaño de letra difícilmente legible en la letra pequeña del formulario de inscripción); y, en segundo lugar, por la vía del control de contenido, que resulta claramente abusivo en ambos supuestos (por cuanto en el primer caso, se les responsabiliza por acciones de terceros, y en el segundo supuesto, la sanción escapa de cualquier posible finalidad indemnizatoria y es claramente excesiva y desproporcionada). Todo ello sin perjuicio de

¹³ Concretamente, en la página web del establecimiento hotelero se disponía lo siguiente: “Si has reservado el hotel para una boda o cualquier otro evento y nos has hecho un depósito de cualquier tipo, se impondrá una multa de 500 dólares que será deducida de tu depósito por cada comentario negativo que se cuelgue en cualquier web por cualquiera de tus invitados”. “Tus invitados pueden no comprender lo que ofrecemos; por eso esperamos que seas tú el que se lo expliques”. Cfr., más extensamente, http://www.hosteltur.com/170990_multas-clientes-hotel-comentarios-negativos-redes-sociales.html (fecha de consulta: diciembre 2014).

¹⁴ En efecto, en este supuesto tal previsión es claramente abusiva. Como señala Hosteltur, fuente de la noticia, la pareja afectada pasó solo una noche en el hotel, un establecimiento de 3 estrellas llamado Broadway Hotel, por la que pagaron 36 libras. Además, hay que tener en cuenta que el hotel ocupa el puesto número 858 de los 894 establecimientos sobre los que TripAdvisor ofrece comentarios en Blackpool. El hotel tiene 256 comentarios en esa web, de los cuáles 191 son muy negativos, calificándolo de “malo” o “terrible”. Si calculamos que hubiera recaudado las 100 libras por cada uno de ellos, se podría haber embolsado 19.100 libras (23.900 euros) con esta práctica. Cfr., más extensamente, http://www.hosteltur.com/185160_hotel-sanciona-dos-clientes-mala-critica-tripadvisor.html (fecha de consulta: diciembre 2014).

consideraciones vinculadas a principios ajenos a la relación contractual como la libertad de los usuarios a expresar libremente sus opiniones.

En cualquier caso, al margen de estas consideraciones jurídicas, lo cierto es que, desde el punto de vista económico, este tipo de acciones puede acabar teniendo de forma inmediata un efecto contrario al perseguido, perjudicando en mayor medida a la reputación empresarial por la gran difusión de este tipo de noticias. A no ser que, precisamente, se trate de una acción de marketing dirigida a aprovecharse de esa gran difusión a medio plazo.

5.2. Iniciativas individuales en el ámbito de la relación contractual hotelero-OTA

Ante la dificultad para hacer frente a los efectos derivados de la publicación de un comentario negativo por las vías tradicionales, es recomendable la existencia de medidas preventivas por parte del empresario hotelero, para evitar los mismos y sus efectos. Y, una vez que inevitablemente se producen, medidas reactivas para hacerles frente por vías alternativas a las tradicionales, más rápidas, eficaces y convenientes para la empresa.

Estas medidas, tanto preventivas como reactivas, podrían pactarse en el ámbito de la relación contractual que une al empresario de alojamiento con la OTA que comercializa parte de sus plazas. Entre las medidas preventivas, podría tratarse cuestiones como la evitación del anonimato, de forma que sea posible identificar al opinante; la exigencia de que el opinante sea efectivamente un cliente real y así lo acredite a través de la entrega del correspondiente documento acreditativo (factura del hotel, documento de registro en el hotel,...), etc. Entre las medidas reactivas, la comunicación inmediata al empresario hotelero de la publicación de un comentario sobre su establecimiento a través de un sistema electrónico de alertas automatizado, medidas para la comprobación de la veracidad o falsedad de las críticas, compromiso de retirada de aquellas críticas falsas o injustificadas, sistemas de reacción rápida ante chantajes al hotelero ...

No obstante, ha de tenerse en cuenta que, dada la estructura atomizada del tejido empresarial del sector hotelero, la posición dominante en la relación contractual es de la OTA, que será quien impondrá sus condiciones, sin tener muy en cuenta, hasta la fecha, las reivindicaciones de los empresarios hoteleros en estas materias¹⁵.

¹⁵ En este sentido, el sector hotelero europeo es consciente de la cada vez mayor importancia de la distribución en línea y de la cada vez mayor dependencia de unos determinados actores de gran peso. Así, HOTREC, asociación representativa de la industria hotelera europea, señala que, en promedio, más de un tercio de todas las habitaciones de hotel en Europa se compran hoy día online y esta cuota de mercado sigue creciendo rápidamente. Además, en general, el número de intermediarios del mercado de referencia está disminuyendo significativamente y los mercados, según HOTREC, están mostrando tendencias hacia al menos un oligopolio estrecho. Frente a la esta evolución de la intermediación electrónica, el sector hotelero está atomísticamente estructurado en Europa, con existencia de pequeñas y medianas empresas, que se enfrentan a prácticas que consideran desequilibradas e injustas en el campo de la distribución digital (siendo uno de los aspectos de tales prácticas, precisamente, las críticas de hoteles en línea).

Por todo ello, un número creciente de hoteles considera que está perdiendo el control de su producto como consecuencia de la presión de los intermediarios de distribución, de distribución. Cfr., más extensamente, HOTREC, "Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution", <http://www.hotrec.eu> (Última consulta: diciembre 2014).

Y no puede olvidarse tampoco que en muchos casos, la publicación de comentarios se realiza en páginas web que no ya de OTAs sino de sitios de opinión o motores de búsqueda con los que el empresario hotelero no tiene relación contractual alguna, ni, en consecuencia, posibilidad de negociar estas cuestiones en el ámbito de su relación internas, inexistentes en este caso.

5.3. Iniciativas sectoriales: las directrices de HOTREC: Los puntos de referencia de prácticas equitativas en la distribución en línea (versión 2014). Eficacia

Como acabamos de señalar, las iniciativas individuales o colectivas expuestas hasta el momento, desde el punto de vista jurídico, resultan o bien desafortunadas, por presentar aspectos de legalidad dudosa, o bien poco viables en la práctica. En cambio, como iniciativa positiva, ha de mencionarse, la aprobación por HOTREC, asociación representativa de la industria hotelera europea, del documento “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes¹⁶.

Este documento ha sido elaborado por los miembros de HOTREC por el creciente número de hoteleros que se preocupa por el trato injusto recibido por parte de los intermediarios. Según se señala en el Preámbulo del documento, existen más 200.000 hoteles y establecimientos similares en toda Europa (la mayoría de ellos pequeñas y medianas empresas) a los que resulta a menudo difícil de soportar el poder de los intermediarios en la distribución en línea. Por ello, se proponen en el documento una serie de puntos de referencia que se plantean como propuestas de solución para conseguir un mercado más transparente y equilibrado que permitirá, en última instancia, que los clientes tomen decisiones basándose en una información transparente y fiable.

Como hemos señalado la industria hotelera, estructurada de forma atomística mayoritariamente a través de pequeñas y medianas empresas, tiene cada vez mayor dependencia de un número de intermediarios cada vez más reducido y con mayor peso. De ahí que un número cada vez mayor de hoteles considere que está perdiendo el control de su producto como consecuencia de la presión ejercida por los intermediarios para la distribución electrónica. Y por ello los empresarios hoteleros consideran que se enfrentan en el campo de la distribución digital a prácticas desequilibradas e injustas. Para hacer frente a esta situación, HOTREC publica estos puntos de referencia para unas prácticas equitativas en la distribución en línea a fin de mantener los mercados transparentes, abiertos y competitivos en beneficio de los clientes, intermediarios y hoteles.

Entre esas prácticas poco equitativas denunciadas por los hoteleros se incluye, precisamente, tal como se explicita en el preámbulo del documento de HOTREC, el tema de las críticas en línea. A ellas se dedica un extenso apartado, el número 17, que, con un encabezado genérico en el que se proclama que en las opiniones o valoraciones de los clientes debe evitarse la manipulación, el uso indebido y el fraude (17. Guest

¹⁶ HOTREC, “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, <http://www.hotrec.eu> (Última consulta: diciembre 2014).

reviews must be prevented from manipulation, misuse and fraud), se concreta en hasta 10 subapartados, que tienen el siguiente contenido:

17.1. Respeto a la no discriminación.

Los sitios de reserva y de valoración se asegurarán de que las leyes europeas y nacionales de no discriminación en el país de la propiedad sean respetados en todas las etapas, también por los clientes.

17.2. El control editorial.

Las opiniones de los clientes solo se publicarán después de la verificación por el personal editorial cualificado de la autenticidad, la fiabilidad, y la legalidad de la entrada.

17.3. Anonimato.

Incluso cuando se considere que el anonimato es esencial, el proveedor del sitio debe verificar la identidad de los usuarios y, por tanto reconfirmar las direcciones de correo electrónico utilizadas por los clientes y no incluir direcciones de correo electrónico temporales.

17.4. Clientes reales

Los proveedores de sitios deben asegurarse de que los comentarios de un hotel se proporcionan solo por los huéspedes que se han alojado en el hotel. Por lo tanto, los huéspedes deben indicar su fecha de estancia en el hotel y referirse únicamente a las instalaciones del hotel de las que realmente han hecho uso. Los clientes deben tener la posibilidad de expresar sus comentarios también a través de los textos "abiertos".

17.5. Neutralidad.

La información que aparece en los sitios de valoración debe ser veraz y no sesgada con el fin de desviar al usuario a los canales de reserva de terceros o por otros motivos.

17.6. Garantía de calidad.

El sitio de valoración debe indicar la fuente de opiniones individuales, si originalmente se derivan de la página web de un tercero, con el fin de ofrecer a los huéspedes y los hoteleros la posibilidad de seguir el rastro de la opinión.

17.7. Correcta y actualizada de datos.

Los proveedores de los sitios webs deberán garantizar que los datos de contacto del hotel, contenidos básicos, la disponibilidad o las tarifas que aparecen en sus sitios se muestren con exactitud, y que los cambios solicitados por los propietarios para estos datos se lleven a cabo con prontitud.

Los sitios solo deben mostrar opiniones actuales. Después de un máximo de dos años, las valoraciones ya no deberían influir en la calificación y deben ser eliminadas automáticamente.

17.8. Criterios de evaluación.

Los proveedores de valoraciones deben proporcionar al usuario los criterios de evaluación que son relevantes con adecuados niveles de detalle, según las características del hotel, y estar abiertos a preguntas adicionales a petición del hotel.

17.9. Derecho de réplica.

En caso de publicación de una valoración (positiva o negativa), los sitios deben informar al hotel de forma automática al respecto (por ejemplo, mediante un sistema de

"alerta" vía e-mail) y ofrecer el hotel la oportunidad de reaccionar. Tal procedimiento permitirá al hotel evaluar y gestionar quejas de los huéspedes de forma activa y sin demora. Cuando esté disponible, también debe hacerse uso de los defensores oficiales para la industria hotelera y sus servicios de mediación.

17.10. La seguridad jurídica.

Las valoraciones deben ser veraces y basadas en las experiencias personales de sus autores. Los hoteleros tienen el derecho legal de protección contra las críticas difamatorias, chantaje, etc., y los usuarios deben ser informados. Las declaraciones falsas de hechos deben ser retiradas de los sitios de una manera rápida y no burocrática.

Como se puede observar, estos diez principios que acabamos de exponer abordan cuestiones clave para el correcto funcionamiento de las páginas web de valoración del sector hotelero y que hoy día resultan problemáticas (falta de control editorial, inexistencia de herramientas que prevengan la manipulación de las opiniones, falta de actualización de los datos, inexistencia de derecho de réplica por parte del empresario hotelero, etc...) con posibles perjuicios para la reputación corporativa online de los empresarios turísticos afectados.

El documento en el que están contenidos estos principios no es, obviamente, un documento vinculante para los agentes implicados; tales principios no pasarían de ser simples recomendaciones. No obstante, para dar a conocer los mismos, y la previa problemática existente, la industria hotelera los ha hecho llegar a las instituciones comunitarias y ha mantenido contactos con los principales sitios web de Europa implicados en la comercialización online de plazas de alojamiento. De esta forma, estos principios, sin ser norma jurídica en sentido estricto, podrían llegar a considerarse como parte del "soft law" que se caracteriza, como es sabido, no por imponer soluciones sino más bien por intentar convencer a las partes involucradas, creando un estado de opinión favorable a su cumplimiento y persiguiendo, también, en última instancia, influir en eventuales iniciativas legislativas que pudieran existir al respecto.